

【司法与实践】

# 我国金融机构惩罚性赔偿责任落空的 反思与制度完善

阳建勋

**【摘要】**金融机构惩罚性赔偿对于加强金融消费者保护,填补金融机构欺诈行为造成的社会性损害,抑制金融机构的机会主义行为与道德风险,维护金融稳定与金融安全等具有重要的现实意义。不过,该责任在我国实际上落空。落空的背后有深层次的制度原因,如“金融消费者”概念缺失与金融领域的“生活消费”解释困境使得。其请求权主体不明;缺乏体现金融业专业性与特殊性的告知义务保障;与金融消费者弱势地位不相称的证明责任使得其难以证明金融机构欺诈;法院审慎控制其负面激励功能。因此,不仅要从请求权主体、金融机构告知义务以及金融机构欺诈的证明责任分配等方面加以完善相应制度,而且要以金融消费者所受损失为基础确定合理的惩罚性赔偿额,抑制其负面激励功能,以在金融领域实现正义的社会秩序。

**【关键词】**金融机构;金融消费者;惩罚性赔偿;欺诈

**【作者简介】**阳建勋(1974-),男,湖南衡南人,厦门大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师,主要研究方向为金融法(厦门 361005)。

**【原文出处】**《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2019.5.156~170

**【基金项目】**国家社会科学基金一般项目(17BFX094)“P2P网贷信息披露的公私法合作机制研究”。

## 一、金融机构惩罚性赔偿责任的现实意义及其在我国的落空

金融是现代经济的血液,现代社会金融化趋势明显。社会需要金融,金融是实现平等社会宏伟目标的最佳推动力。<sup>[1][2]</sup>金融消费者保护是法律回应现代社会金融化之规制需求的必然要求。“制度是人类相互交往的规则。它抑制着可能出现的、机会主义的和乖僻的个人行为……制度,要有效能,总是隐含着某种对违规的惩罚。”<sup>[3][5]</sup>让金融机构对其欺诈行为承担惩罚性赔偿责任,有助于抑制金融机构的机会主义行为与道德风险。此外,金融业作为具有一定公共性的行业,金融机构欺诈行为不仅损害个体的金融消费者利益,而且给金融市场造成无形的损失,甚至带来区域性或系统性金融风险,进而危及整个

社会的金融稳定与金融安全。金融机构欺诈行为给整个社会的金融稳定与金融安全造成的损害,是美国学者夏基所言的典型社会性损害<sup>①</sup>,无法为一般损害赔偿所全部填补。填补金融机构欺诈行为造成的社会性损害,不仅有助于加强对金融消费者保护,而且有助于维护金融稳定与金融安全。因此,金融机构惩罚性赔偿具有十分重要的现实意义。

我国在2013年修订《消费者权益保护法》时<sup>②</sup>,加强了对金融领域的消费者保护。在新《消法》实施之后,我国陆续出现了一些金融机构惩罚性赔偿纠纷案件。一些金融机构的客户依据新《消法》第18条第2款、第28条、第55条等规定要求金融机构承担惩罚性赔偿责任。不过,法院裁判结果大多与金融消费者意愿相违,金融机构惩罚性赔偿责任事实上基本

落空。在笔者收集整理的14个典型案例中(表1)<sup>③</sup>,只有案例14的原告获得部分的惩罚性赔偿<sup>④</sup>,其他案件的原告未能获得惩罚性赔偿,金融消费者依据新《消法》所主张的惩罚性赔偿请求权基本上全部落空。

## 二、我国金融机构惩罚性赔偿责任落空的制度反思

在上述案例中,导致金融机构惩罚性赔偿责任落空的主要原因如下:

(一)以不适用新《消法》为由否认金融消费者惩罚性赔偿请求权

### 1.新《消法》适用与否之争的三种裁判路径

涉案纠纷是否适用新《消法》,是上述典型案例争议的焦点之一。围绕该焦点,呈现出三种裁判路径:

一是依据新《消法》第2条,否定金融机构客户的行为是“为了生活消费需要”,并据此反对适用新《消法》。例如,案例9的一审法院认为,原告李少清购买

表1 新《消法》之后的金融机构惩罚性赔偿纠纷典型案例

案例序号	行业	案件裁判文书	与新《消法》有关的诉讼请求	裁判结果
1		河南省焦作市中级人民法院(2016)豫08民终2149号民事判决书	退还额外上浮1%利率产生的利息并赔偿	驳回上诉
2		广东省深圳市罗湖区人民法院(2016)粤0303民初19562号民事判决书	三倍赔偿欺诈及有争议部份还款额共3万元	驳回诉讼请求
3		广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终14589号民事判决书	光大银行龙岗支行收取年费的行为构成欺诈,应按收取年费的三倍予以赔偿	驳回诉讼请求
4	银行业	上海市杨浦区人民法院(2014)杨民五(商)初字第934号民事判决	被告推销保险产品时夸大收益,误导其购买产品,构成欺诈,应当退还保险费,并赔偿一倍保险费及利息	驳回诉讼请求
5		上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民六(商)终字第303号	被上诉人(银行)作为专业金融机构故意违反中国人民银行的相关规定,构成欺诈,应承担惩罚性赔偿责任	被告赔偿原告0.4元的利息,但不支持惩罚性赔偿请求
6		上海市长宁区人民法院(2015)长民二(商)初字第6990号民事判决书	被告招商银行退还多收的利息,并予以一倍赔偿	驳回诉讼请求
7		广东省茂名市茂南区人民法院(2016)粤0902民初1219号民事判决书	工商银行与被告温州星贝海藻食品有限公司对产品虚假宣传行为承担三倍赔偿连带责任	工商银行不承担连带责任
8		吉林省长春市中级人民法院(2017)吉01民终812号民事判决书	要求广发证券三倍赔偿多收的交易佣金	一审认定构成欺诈,二审撤销一审判决,驳回原告诉讼请求
9	证券业	广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终4548号民事判决书	被上诉人国信证券公司双倍赔偿多收取的证券交易手续费	纠正一审不适用《消法》的错误,被上诉人不构成欺诈,赔偿相应的利息损失,不支持双倍赔偿
10		浙江省绍兴市越城区人民法院(2016)浙0602民初5693号民事判决书	被告隐瞒佣金金额、隐瞒佣金可以调整的情况,请求退还佣金并按佣金的三倍予以赔偿	驳回诉讼请求
11		湖北省高级人民法院(2016)鄂民申2656号民事裁定书	受欺诈购买涉案保险服务,要求按购买保险服务价格的三倍赔偿其损失	驳回再审申请
12	保险业	河北省唐山市路南区人民法院(2016)冀0202民初2185号民事判决书	合同无效,退还保险费并进行三倍赔偿	驳回诉讼请求
13		河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终1347号民事判决书	被上诉人(保险公司)作出夸大的虚假承诺构成欺诈,应当退还保险费并予以三倍赔偿。	一审不予支持原告请求;二审维持原判决
14		江苏省无锡市中级人民法院(2015)锡商终字第011110号民事判决书	要求被告新华保险公司退还原告已交保险费20.7万元并赔偿其已交保险费的3倍即62.1万元	一审对原告请求不予支持;二审撤销一审判决,退还保险费并予以一倍赔偿

股票是一种投资行为,不是为了生活消费的需要接受被告国信证券公司的服务,而且我国证券法律、法规等未规定购买股票是消费行为,故不受《消费者权益保护法》保护<sup>5</sup>。

二是直接依据新《消法》第18条、第28条,将新《消法》当然予以适用。如上海市高级人民法院在发布的2014年和2015年十大金融商事审判案例中都明确表示,新《消法》将证券、保险、银行等金融服务的经营者提供的产品或者服务,纳入了消费者权益保护范畴。

三是结合新《消法》第2条、第18条及第28条,将金融机构客户的行为解释为消费行为,而非投资行为,从而将其纳入新《消法》的调整范围。案例8的二审法院依据新《消法》第28条和《国务院办公厅关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》认为,“为实现个人和家庭财富保值增值的金融投资需求属于生活消费的范畴,购买金融产品或接受金融服务属于金融消费者”<sup>6</sup>,从而将个人证券投资者纳入消费者保护范畴。案例9的二审法院认为,“随着社会时代的发展,消费者的生活需要不仅仅局限于吃饭穿衣等基本物质需求,当然也包括接受证券、银行金融服务等新的需求”,“国信证券公司作为证券服务经营者,其提供证券服务行为显然属于《消费者权益保护法》的调整范围。”<sup>7</sup>案例14的二审法院从解释保险产品的功能出发,将保险产品纳入生活消费范畴。在其看来,“保险产品,不论是财产保险,还是人身保险,其目的是为了保障个人财产和生命健康所需,使被保险人在发生意外、损害后果后能弥补损失,具有保障、补偿功能”<sup>8</sup>,故保险产品属于生活消费范畴。

2.“金融消费者”概念缺失使金融消费者惩罚性赔偿请求权主体不明

我国尚未在法律层面上统一规定“消费者”概念,“修改前后的两部《消法》都是通过对其调整范围的规定而‘间接’告诉人们‘消费者’为何物,未对‘消费者’概念的内涵和外延正面作出界定。”<sup>9</sup>新《消法》第18条、第28条只是规定了从事银行、证券及保险等金融服务的经营者具有消费者保护义务,并未规定金融机构的哪些客户是消费者,进而可以获得新

《消法》保护。

从文义解释的视角看,“消费者”是种概念,“金融消费者”是“消费者”下属的子概念,其内涵与外延需要依据法律关于“消费者”内涵及外延的规定,即新《消法》第2条予以解释和判断。从体系解释的角度观之,间接规定“消费者”涵义的新《消法》第2条规定在总则部分,对于整个新《消法》之规定具有效力,同样适用于金融消费者之判定。换言之,金融机构的客户只有是为了生活消费需要在金融机构接受服务时才是消费者,才能依据新《消法》第55条主张惩罚性赔偿。反之,只要能够认定金融机构客户不是为了生活消费需要而接受金融服务,该客户就不应当属于金融消费者,自然不能获得消费者权益保护法的特别保护。于是,判断金融机构客户之行为是否是“为了生活消费需要”成为案件裁判的首要问题。

法律层面上“金融消费者”概念的缺失使得金融消费者惩罚性赔偿请求权主体不明,进而在司法实践中出现以下困惑:金融机构的哪些客户是金融消费者?接受金融服务的单位是不是金融消费者?是不是所有接受金融服务的自然人都是金融消费者?上述典型案例中的新《消法》适用与否之争就是这些问题的集中反映。

就上述三种裁判路径而言,第二种裁判路径显然忽视了新《消法》第2条与第18条、第28条之间的逻辑联系与体系定位,将金融机构向所有客户提供的金融产品或服务纳入了消费者保护的范畴,实质上突破了新《消法》第2条对消费者外延的限制,将消费者保护的范围扩大到了所有金融机构客户的所有行为。该种裁判逻辑有失严密。

第一种裁判路径与第三种路径的共同之处,是基于新《消法》第2条与第18条、第28条之间的逻辑联系,从金融机构客户的行为是否是“为了生活消费需要”入手,通过解释“生活消费”的涵义,确定是否适用新《消法》。

第一种裁判路径与第三种裁判路径的区别在于对“生活消费”的涵义与外延的解释存在差异。第一种裁判路径是基于经济学立场来解释“生活消费”。广义上的消费包括生产消费和生活消费。“生产消

费,即生产过程中对生产资料和活劳动的使用和消耗,是一种中间消费。生活消费,即人们生活中对物质资料和精神产品的使用和消耗,属于最终消费。”<sup>[49]13</sup>从经济学角度看,人们在金融机构购买金融产品或接受金融服务的行为,既非生产消费,也不是生活消费,而是与消费相对应的另一种行为——投资——“企业或个人以获得未来收益为目的而投放一定货币或实物来经营某项事业的行为”。<sup>[48]34</sup>遵循第一种裁判路径的法官正是基于消费与投资的经济学界分,将购买证券或保险等行为纳入投资范畴。此种裁判路径与我国台湾地区法院在审理连动债纠纷时否认适用消费者保护法的裁判路径相同:销售连动债的银行与连动债持有人之间签订的契约是投资信托契约,连动债持有人的目的,“并非获取生活上所需之服务或商品,而是投资之金钱上获利”,故该纠纷不适用消费者保护法<sup>⑨</sup>。我国台湾地区在制定“金融消费者保护法”之前,“就接受金融业者提供贩卖之金融商品或服务之消费者,是否适用消保法之规定,实务上多采取否定意见”。<sup>[51]4</sup>

第三种裁判路径对“生活消费”的解释企图突破消费与投资的传统界分,却又陷入了经济学理论的图圈。案例8的二审法院结合国务院的相关政策性规定,将为实现个人财富增值的金融投资需求纳入生活消费的范畴;案例9的二审法院认为,消费者的生活需要当然包括了接受证券、银行等金融服务的需求;案例14的二审法院则是从保险产品的功能角度将保险产品纳入生活消费范畴。笔者以为,这些解释未免有点牵强,难以令人信服。国务院的规定虽然指出“金融消费者是金融市场的重要参与者”,但是没有明确金融消费者的涵义及外延,更没有明确个人在金融市场上的投资行为是为了生活消费需要。随着社会金融化程度的提高,金融服务在人们日常生活中发挥着越来越重要的作用,一些金融服务成为满足人们生活消费需要的重要途径,一些金融产品的消费功能凸显。不过,社会金融化程度的提高,并没有改变金融市场的基本功能是促进资金的融通。金融市场上主要金融产品或服务的主要功能仍然是投资而非消费。如导致我国银行存款大搬家的银行理财产品,其主要功能是投资而非消费。

又以案例14为例,二审法院关于保险产品功能的解释不甚全面,保险产品尤其是财产保险之投保人与被保险人,并非仅限于个人,保险产品除了保障、补偿功能之外,还兼具投资功能,有些保险产品的投资功能还占主导地位;以投资功能为主的保险产品自当不属于生活消费范畴。以上裁判企图突破经济学理论对消费与投资的传统界分,却又依据经济学理论解释金融产品或服务在人们日常生活中的重要性,将接受金融服务纳入消费者的生活需要范畴。这种解释路径虽然注意到了在金融业发达的现代社会金融服务业之消费功能日益凸显的现实,但是也夸大了金融服务的消费功能,没有具体分析金融产品的功能特征,最终陷入了经济学理论的图圈。

3. 金融领域的“生活消费”解释困境:难以证成金融投资行为是“生活消费”行为

旧《消法》第2条“为生活消费需要”规定的合理性一直备受争议。在2013年修订旧《消法》的过程中,对该规定主要有如下三种意见:一是认为实践中对该规定的理解不尽一致,适用较为混乱,建议修改为“非以生产经营或者职业活动为目的”,或者改为“为生活或家庭需要”;二是删除“为生活消费需要”的表述,规定任何人只要不是为了将商品或服务再次转售,均受消费者权益保护法保护;三是认为没有必要修改,可以通过扩大解释“生活消费”内涵的方式解决实践中存在的问题。<sup>[6]7-8</sup>新《消法》采纳了第三种意见。另有学者总结了判断个人是否具有“生活消费”需要的主观理论与客观理论及其在解释现实问题时存在的困境;并从适格的经营者与消费客体等方面去判断何者是消费者<sup>⑩</sup>。不过,主观理论或客观理论,无助于解决“金融消费者”认定问题。该学者在文后并没有依据主观理论或客观理论来判断接受金融服务是否属于“生活消费”,而是从以下两个方面论证:用个人或家庭的财产投资购买金融服务,其获利是为了提升个人或家庭生活水平,最终目的是为了个人或家庭的生活消费;投资购买金融服务的个人与金融机构之间地位不对等、信息不对称,符合消费者与经营者的地位关系。<sup>[3]</sup>笔者以为,第一个理由过于牵强,从经济学角度看,个人获利的最终目的都可以归为实现个人或家庭的生活消

费,遵循这样的逻辑,所有的个人获利行为都是消费行为;第二个理由不再遵循“生活消费”的解释路径,而是另辟蹊径,从消费者与经营者之间的经济地位与信息能力等方面来判断消费者。

综上所述,从解释论视角看,法院不能直接依据新《消法》第18条、第28条等将新《消法》适用于金融消费纠纷,而应当依据新《消法》第2条规定,确认金融机构客户的行为是“为了生活消费需要”,确定金融机构客户的消费者身份。换言之,法院不能依据新《消法》第18条及第28条等规定就“当然”认定所有的金融机构客户是金融消费者。由于法律层面的“金融消费者”概念缺失,金融消费者惩罚性赔偿请求权主体不明确,在金融领域又存在“生活消费”的解释困境——难以论证金融投资行为是“生活消费”行为,使得新《消法》在金融领域的适用受到了质疑。以不适用新《消法》为由否认金融消费者惩罚性赔偿请求权,正是这种质疑的反映,也是金融机构惩罚性赔偿责任落空的重要原因。

(二)金融机构惩罚性赔偿缺乏体现金融业专业性与特殊性的告知义务保障

1. 消费纠纷案件中经营者欺诈认定的理论阐释  
依据旧《消法》第49条与新《消法》第55条第1款,经营者承担惩罚性赔偿责任以其存在欺诈为前提,此点对于金融机构亦同。因此,在分析如何认定金融机构欺诈行为之前,有必要略述一般性消费纠纷案件中的经营者欺诈认定理论。

如何在消费纠纷中认定欺诈?理论上存在“四要件说”“三要件说”“二要件说”与“单要件说”。“四要件说”以《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第68条为依据,认为欺诈的构成要件包括:欺诈的故意;实施了欺诈行为(隐瞒真实情况或告知对方虚假情况);被欺诈的消费者因欺诈陷入错误判断;被欺诈的消费者基于错误判断作出了错误的意思表示<sup>①</sup>。“三要件说”是从竞争法的角度来诠释欺诈,“不要求行为人具有主观故意,一种行为只要在客观上具有误导消费者的效果,就足以构成欺诈”。<sup>②</sup>“二要件说”认为,旧《消法》第49条的“欺诈行为”的构成,“应解释为经营者的欺诈故意和欺诈

行为,而不能将消费者确实被骗作为其构成要件”<sup>③</sup>,消费者是否陷入错误认识与作出错误意思表示在所不问。“单要件说”认为,《消法》中的欺诈行为不同于传统民法中的欺诈,“仅是指经营者在提供商品或服务中对消费者存在虚假陈述、隐瞒事实或歪曲事实的行为”。<sup>④</sup>“单要件说”的依据是国家工商行政管理局1996年制定的《欺诈消费者行为处罚办法》第3条,该条明确列举了欺诈消费者行为的具体情形。

争议产生的原因在于如何认识消法与民法之间的关系。“三要件说”“两要件说”与“单要件说”的共同点是均以消法相对于民法的特殊性为理论基础,不同点是强调消法特殊性的角度与程度不同。“三要件说”不再将消法作为合同法的特别法,而是将反欺诈的消费者权益保护纳入反不正当竞争法的范畴进行考察。“两要件说”强调消法的弱者保护法本质,主张对于其中的特殊性条款依据其特殊的立法宗旨与原则确立特殊的解释标准,从而反对将最高人民法院针对《民法通则》的司法解释移植到消法这一特殊的宏观语境。“单要件说”则将消法的特殊性强调到极致。“四要件说”并不否认消法之于民法的特殊性,但是遵循“同一法律或者不同的法律使用同一概念时,原则上应作同一解释”<sup>⑤</sup>的民法解释学原理,既然消法未对“欺诈”有定义,就应当参考最高人民法院的司法解释。

就金融机构欺诈认定标准而言,笔者赞同“四要件说”。除了以上理由之外,“四要件说”更有利于实现惩罚性赔偿的最优社会效果。众所周知,惩罚性赔偿既有填补社会损失,鼓励消费者维权等正面激励功能,也有容易导致滥诉,徒增司法成本等负面激励功能。在经营者欺诈行为的认定上,“四要件说”虽然最为严格,会增加消费者维权的难度,但是通过证明责任的分配,有利于法官综合权衡惩罚性赔偿的社会效果。其他三种观点有利于消费者主张惩罚性赔偿,但是均没有考虑到惩罚性赔偿的负面功能。金融业具有一定公共性,金融机构惩罚性赔偿的负面激励功能更需要审慎控制。

2. 金融机构是否履行告知义务是金融机构欺诈认定的关键

无论依据何种观点,消费者都需证明经营者具

有隐瞒真实情况或告知对方虚假情况的行为,即经营者未履行告知或说明义务。这无疑是认定经营者欺诈行为的关键。此点对于金融机构欺诈认定亦同,事实上也是金融机构惩罚性赔偿纠纷争议的焦点。在14个典型案例中,只有案件8的一审法院和案件14的一审法院、二审法院认定金融机构实施了欺诈行为,

其他法院均认定金融机构未实施欺诈行为,并据此对原告的惩罚性赔偿请求不予支持。法院的裁判依据是《民通意见》第68条,是依据“四要件说”认定金融机构的欺诈行为。分析14个典型案例的裁判可以发现,金融机构未履行告知义务(隐瞒真实情况或告知对方虚假情况)是认定金融机构欺诈的关键因素。

表2 典型案例中的金融机构告知义务之争与欺诈认定

案例序号	告知义务之争	告知义务之履行与欺诈认定
1	原告:被告隐瞒重要事实,恶意诱骗原告订立合同,导致贷款利率额外上浮1%	一审法院:合同及声明真实有效,利率的上浮比例不违反相关规定,原告退还利息及其赔偿请求没有法律和事实依据
	被告:上浮利率符合国家相关规定,不存在额外上浮;原告存在逾期信用记录,与被告无关;借款合同是双方真实意思表示,不存在欺诈行为	二审法院:贷款利率比例依据原告的逾期信用记录确定,不违反相关规定。维持原判
2	原告:被告银行的客服电话对原告信用卡交易情况回复前后不一,银行客服电话隐瞒了大量非原告来电记录,构成欺诈	法院:被告已经对涉案银行卡的收费标准和规则作了说明,履行了告知和说明义务
	被告:银行已经如实提供原告的交易明细、网银登录IP地址等相关记录,不存在欺诈的事实	
3	原告:被告未告知涉案银行卡是具有信用功能的白金卡,并按白金卡收取年费,构成价格欺诈	法院:被告已经对涉案银行卡的收费标准和规则作了说明,履行了告知和说明义务
	被告:已在开户申请表上明确年费收取标准,在卡片包装及卡面均有白金卡标志	
4	原告:被告工作人员在推销保险产品时夸大收益,误导其购买产品,构成欺诈;未提示其抄录风险提示相关条款	法院:原告无证据佐证被告在推销保险时夸大收益;提示抄录相关条款不是判断银行有无履行告知义务的唯一标准;原告未举证证明被告存在故意提供虚假信息或者故意隐瞒真实情况的行为。被告不构成欺诈
5	原告:被告作为专业金融机构故意违反央行的规定少计算利息,构成欺诈	法院:被告已在2005年公示依据央行文件调整计息规则,故不存在隐瞒的故意;尽管双方对计息方式存在理解差异,但是原告并未因被告的行为(不合理计息方式)作出不真实意思表示;被告对计息方式的理解不尽合理,但是无隐瞒真实信息、侵犯储户合法权益的故意,故被告不构成欺诈
	被告:依据央行规定,计息方式有两种,双方未明确具体计息方式	
6	原告:被告虚假宣传和承诺,引诱原告订立合同,在合同履行中擅自更改利息调整日,擅自取消自主月供;到期后欺骗原告签订不公平的合同;恶意加扣利息	法院:变更利息调整日、取消自主月供及续签合同符合双方约定;被告已将错误计算的利息返还,原告未能证明被告存在错误计算的故意,也未证明具体的损失构成,故被告不存在欺诈行为
	被告:不存在欺诈行为,并已将计算错误的利息返还给原告	
7	原告:被告星贝公司对产品存在虚假宣传,构成欺诈;被告工商银行知道或应当前者利用其平台侵害消费者利益,未采取必要措施,承担连带责任	法院认定:被告星贝公司的行为构成虚假宣传,属于欺诈行为;原告没有证据表明被告工商银行知道星贝公司利用其网络服务实施虚假宣传后未采取必要措施
	被告星贝公司:描述内容有科学、客观依据,不属于虚假或者引人误解的行为,不构成欺诈行为。被告工商银行:未予答辩	
8	原告:被告广发证券未告知佣金比例,在原告不知情的情况下多收佣金	一审法院:认定存在欺诈,但未提及告知义务
	被告:佣金在交易中可查,原告应当知情	二审法院:新《消法》第28条告知义务的告知方式不明;被告已为原告提供了解佣金比例的渠道,不存在故意隐瞒,也不属于以“不作为”方式违反告知义务,依据《民通意见》第68条认定被告不构成欺诈。法院言下之意:提供了解渠道即已经尽到告知义务

续表 2

案例序号	告知义务之争	告知义务之履行与欺诈认定
9	原告:被告将佣金标准隐藏在《融资融券业务风险面谈记录》中,而非在《融资融券业务合同》中,骗取其签字,构成欺诈	一审法院:原告签字确认“理解并同意”,证明其阅读并知晓收费标准,原告提交的证据不能证明被告告知其虚假情况或故意隐瞒真实情况,诱使其作出错误意思表示 二审法院:被告在《融资融券业务风险面谈记录》明确记载并告知佣金标准,没有隐瞒真实情况或故意告知虚假情况,不构成欺诈
	原告:被告隐瞒佣金金额、隐瞒佣金可以调整的情况,存在欺诈行为 被告:不存在隐瞒行为,也没有告知义务	法院:原告可通过交易账户或向被告营业部查询佣金,股票交易明细也显示了每一笔交易的佣金,故被告不存在隐瞒佣金金额的行为;被告工作人员已经告知佣金可以下调
11	原告:银行工作人员在向其推销保险时未如实告知和解释保险合同内容,存在欺诈	法院:原告未提供证据证实被告存在欺诈行为
12	原告:被告对其保险产品未履行风险告知义务,隐瞒投资风险,构成欺诈	法院:依据原告签署的文件及原告的职业律师身份,认定被告已经尽到风险合理提示义务,不构成欺诈
	被告:保险合同没有原告所说“保证3%以上孳息”等约定,保险产品说明书已告知原告投资风险,原告是资深职业律师,应当充分相信其签署保险合同的效力	
13	原告:被告在销售涉案保险产品时作出夸大虚假的承诺(二十年翻一倍),骗取投保,构成欺诈	一审法院:原告对保险条款及产品收益产生误解,可以基于该重大误解撤销合同,但基于欺诈主张三倍赔偿的证据不足
	被告:已经对保险合同相关条款、保险责任作了提示和说明,投保人已签字确认,故被告已经履行告知义务	二审法院:上诉人(原告)无证据证明被上诉人(被告)作出夸大虚假承诺,维持一审判决
14	原告:被告以利益演算表虚假宣传,欺骗投保人,致使购买的保险收入低于依客户经理陈述的收益计算方法(利益演算表)预期的收益	一审法院:即使被告存在欺诈,原告的撤销权也超过行使期间或诉讼时效期间
	被告:即使利益演算表真实,也只供参考,并非对收益水平的承诺;客户权益告知书明确告知:分红水平无法预先设定,每年需要实际核算而定	二审法院:利益演算表真实,被告未提出反驳的证据,被告存在欺诈行为

### 3. 金融机构告知义务规定的不足是金融机构惩罚性赔偿落空的重要原因

从上表可以看出,法院及当事人对金融机构告知义务的不同认知,源于在我国现行法上尚未形成体现金融服务业专业性、特殊性的统一的金融机构告知义务规范。《合同法》第42条与第54条规定的先合同义务,以及《合同法》第60条第2款规定合同履行阶段的附随义务,甚至第92条规定的合同终止阶段的告知义务,均适用于金融机构。新《消法》第2章关于消费者知情权第8条,以及关于消费者受教育权的第13条等,间接规定了经营者的信息告知义务;第3章有诸多条文规定了经营者的告知义务,尤其是新《消法》第28条规定了金融服务的经营者负有向消费者提供信息的义务。《合同法》与新《消法》规定的告知义务具有互动关系:前者是一般性规定,后者更为具体、详细和具有针对性;后者对告知义务的程度要

求更高。<sup>[10]</sup>

针对金融业实践中金融机构不当说明充斥金融市场的情形,中国人民银行制定的《金融消费者权益保护实施办法》第13条、第14条及第15条等详细规定了金融机构的信息披露义务<sup>③</sup>。中国银监会制定的《银行业消费者权益保护工作指引》规定,银行业金融机构应当履行告知义务,加强披露产品、服务的信息,在向消费者推介产品和服务时主动对产品和服务的性质、合同条款及收费情况等主要内容作出真实说明,禁止欺诈性、误导性宣传。中国保监会《加强保险消费者权益保护工作的意见》,要求保险公司在官方网站显著位置公布保险产品条款和服务承诺信息,尤其是要重点披露保险产品的保障范围、免责条款及预期收益,向消费者做出足以引起其注意的提示和说明。然而,金融监管部门制定的规范性文件,只是为金融监管部门处罚金融机构的违法

行为提供依据,旨在通过公法规范规制金融市场行为,并没有规定金融机构违反上述义务应当承担何种民事责任。诚如有的学者所言,消费者无法直接援引这些具有公法属性的规则向金融机构主张损害赔偿。<sup>[11]</sup>

从金融服务业专业性、特殊性视角看,我国现行法上的金融机构告知义务规范存在以下不足:其一,在适用对象上,这些规范一并适用于一般的经营者与采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者,没有体现出金融服务业的专业性、特殊性。《合同法》上关于告知义务的一般性规定,仅仅是为了维护一般性的交易安全;新《消法》中的告知义务规定,着力于解决一般的经营者与消费者之间的信息不对称问题,无助于解决金融机构与金融消费者之间的信息不对称问题。其二,在告知的内容上,没有关注金融产品的风险,只是在第28条要求提供风险警示方面的信息,这实际上是将具有无形性、虚拟性的金融产品与有形的普通商品等同对待,完全忽视了金融产品所蕴含的金融风险。其三,没有明确何时以何种方式告知,更没有明确规定应以金融消费者能充分了解的方式告知。案例8的二审法院在判决中指出,第28条“并未规定该种告知义务应以何种方式进行”,“广发证券已经为徐彦芬提供了了解其佣金收取比例的渠道,亦未剥夺或限制徐彦芬通过该渠道及其他渠道了解佣金实际收取比例的权利,故广发证券就佣金的收取情况对徐彦芬不存在故意隐瞒,亦不属于以‘不作为’或‘沉默’的方式违反告知义务”<sup>[12]</sup>。其四,没有明确金融机构是否应对其已经履行告知义务负举证责任。其五,没有统一规定金融机构未尽告知义务应当承担何种责任。

“法律责任是由于侵犯法定权利或者违反法定义务而引起的、由专门国家机关认定并归结于法律关系的有责主体的、带有直接强制性的义务,即由于违反第一性法定义务而招致的第二性义务。”<sup>[13]</sup>金融机构惩罚性赔偿责任就是金融机构侵犯金融消费者权利、违反金融消费者保护义务而导致的第二性义务。由于我国法律制度未能构建出体现金融服务业专业性、特殊性的金融机构告知义务,尤其是金融机构风险告知义务的缺失,使得金融机构无须践行

“认识客户”的要求,也无须依据客户的资本大小、风险承受能力等个人状况,推荐适合商品。作为第一性义务的金融机构告知义务缺失,使得作为第二性义务的金融机构惩罚性赔偿责任就成了无源之水和无本之木。新《消法》虽然赋予了金融消费者惩罚性赔偿请求权,但是没有体现金融业专业性、特殊性的告知义务保障之。这是金融机构惩罚性赔偿责任落空的又一重要原因。

(三)与金融消费者之弱势地位不相称的证明责任使得其难以证明金融机构欺诈

审理14个典型案例的法院均将金融机构惩罚性赔偿纠纷定性为一般消费者纠纷,依据《民事诉讼法》第64条第1款及最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法司法解释》)第90条等规定,要求金融消费者提供证据证明金融机构有欺诈行为,金融消费者不能提供证据证明金融机构有欺诈行为的,则要承担败诉的风险。《民事诉讼法》第64条第1款<sup>[14]</sup>，“只体现了当事人对其事实主张的证明义务,具有明显的行为意义的举证责任的特征。其并未涉及待证事实真伪不明时的裁判规则和依据,结果意义的举证责任内容无从体现”。<sup>[13]</sup>“由于没有关于结果意义证明责任的分配规定,因此只能理解为是一种关于提出证据对其事实主张进行证明的要求,而非结果意义上的证明责任。”<sup>[14]</sup>《民事诉讼法司法解释》第90条第2款则与《民事诉讼法》第64条第1款存在根本的不同,它明确规定了结果意义的举证责任。结果意义的举证责任即客观的证明责任,意指“待证事实的存在与否不能确定、真伪不明时,由哪一方当事人对不利后果进行负担的责任和风险”。<sup>[14]</sup>

在14个典型案例中,法院正是依据《民事诉讼法司法解释》第90条,要求金融消费者既承担行为意义的举证责任,也承担结果意义的证明责任(客观的证明责任)。德国学者汉斯·普维庭认为,客观的证明责任事实上是一种法定的风险分配,如同实体法规范一样,是立法者通过立法对事实状况真伪不明的风险进行的分配。证明责任是一种承担不利后果的负担,不是因为当事人没有举证,而是因为事实没有得到证明或充分证明所承担的责任;若事实真

伪明确,即使当事人不举证,也不承担败诉后果;其基本功能是在案件事实真伪不明时为法官提供裁判依据。<sup>[14]274-275</sup>

在14个典型案件的审判过程中,金融消费者提出了若干本证,大多数金融机构则从已经履行告知义务和合同是当事人真实意思表示等方面提出了反证,也有个别金融机构如案例7中的中国工商银行没有出庭应诉。法官需要依据自由心证原则和一定的证明标准确定金融机构欺诈这一待证事实是否得到了充分证明。然而,大多数受案法院在裁判中未明确证明标准,只有案件8的二审法院援引《民事诉讼法司法解释》第109条,认为“徐彦芬对于广发证券存在欺诈故意与欺诈行为的主张并未达到排除合理怀疑的证明标准”<sup>⑧</sup>。

依据《民事诉讼法司法解释》第108条,“对待事实负有举证责任的当事人所进行的本证,需要法官的内心确信达到高度可能性即高度盖然性的程度才能被视为完成证明责任。反证则只需要使本证的待证事实限于真伪不明的状态,即达到目的。”<sup>[14]181</sup>但是,《民事诉讼法司法解释》第109条规定:“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明,人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的,应当认定该事实存在。”本条将特殊情形下的民事诉讼证明标准提高到排除合理怀疑的标准,欺诈就属于其中之一的情形。以案例8为例,原审法院认定广发证券存在欺诈的主要依据,是其与徐彦芬没有签订佣金收费协议,却按照3‰的标准收取,在徐彦芬提出异议后将高于0.3‰部分的差额予以返还。徐彦芬在发表质证意见时指出,广发证券“如果没有多收取佣金,不可能进行和解并返还多收取的佣金”。广发证券在上诉时指出,“广发证券为了迅速平息徐彦芬事件给企业带来的恶劣影响,维护自身形象利益”,才向徐彦芬返还部分佣金作为奖励和补偿,原审法院据此认定广发证券欺诈,属于认定事实错误。原审法院虽未明确证明标准,但是实际上是依据高度盖然性标准确信广发证券存在欺诈行为。二审法院则是依据《民事诉讼法司法解释》第109条,认为原审判决适用法律错误,应予纠正。

总之,法院在裁判中将金融机构欺诈这一待证事实真伪不明的风险分配给了金融消费者承担,金融消费者承担了与其弱势地位不相称的证明责任,事实上难以证明金融机构欺诈。这是金融机构惩罚性赔偿责任落空的程序法原因。

(四)法院对金融机构惩罚性赔偿之负面激励功能的审慎控制

德沃金认为:“为了适用其信念和本能,法官逐步形成了司法实践中行之有效的理论,它们涉及对他们在法律实践中履行职责的最佳解释。”“这意味着他们的法理学、他们对法律与法律实践的性质的理解具有至关重要的意义,因为这是他们完成工作所必须的观念和资源。”<sup>[15]460</sup>法官对于金融机构惩罚性赔偿之性质与功能的理解,对于案件的裁判无疑具有至关重要的意义。我国金融机构惩罚性赔偿责任落空的重要原因之一,就是法院对于惩罚性赔偿这一具有负面激励功能的责任制度在金融领域的适用持相当审慎的态度,寄望于通过严格适用之,以审慎控制其负面功能。例如,案例1的法院指出,在案件裁判中“应严格把握欺诈行为的主观故意要件”;案例5的法院认为,虽然银行在计息方式的选择上不够合理,存在不足之处,但是该行为在主观故意上只是一般过错,并无欺诈故意。且不说“一般过错”与“欺诈故意”本身在理论上殊难区分,作为专业金融机构的银行在计息方式上选择对自己有利而对消费者不利的计息方式,在主观上绝非一般过错。

法院为什么要在金融消费纠纷案件的裁判中严格把握欺诈行为的主观故意要件?笔者以为主要有如下几点原因:其一,“惩罚性赔偿实质上是公法私法二分体制下以私法机制执行由公法担当的惩罚与威慑功能的特殊惩罚制度,其适用应以公法上惩罚制度秉持的理念与原则为指导”,<sup>[16]</sup>如在证明标准上,适用高于民事诉讼的刑事诉讼证明标准。案例8的二审法院就要求金融消费者证明金融机构欺诈的证据达到排除合理怀疑的标准。其二,惩罚性赔偿本身具有负面激励功能。从整个社会的角度出发,惩罚性赔偿可以填补社会损害,使加害人承担其行为造成的社会成本。不过,从个人的角度看,惩罚性赔偿诉讼的原告所获得的赔偿远远超过其所受的损

失,突破了传统民法上的填补损害规则。这使得惩罚性赔偿在激励受害人维权的同时,也会导致滥诉等负面激励。此点在我国金融消费纠纷案件中已经显露端倪。例如,案例12的原告刘某在与保险公司签订财产保险合同15年后起诉保险公司,要求判令合同无效并三倍赔偿保险费36万余元。由于我国新《消法》第55条第1款规定的惩罚性赔偿是商品的价款或服务费用的3倍,金融商品的价款或服务的费用一般较高,金融机构惩罚性赔偿给金融消费者带来的激励效果会更加明显。其三,惩罚性赔偿适用于金融领域是一个新问题,对于金融机构惩罚性赔偿与金融业稳定发展之间的关系,法院的认识较为模糊。金融是现代经济的核心,金融安全是国家经济安全的核心,满足人们生活必要需求的基本金融服务的“必须性”使得金融业具有一定的公共性。<sup>[17]</sup>以银行业为例,“保持银行稳定是一项重要的公共物品”。<sup>[18]</sup>商业银行兼具商业性与公共性。<sup>[19]</sup>惩罚性赔偿作为一种超过受害人自身损失的示范性赔偿,必将对受害人产生示范性的激励作用。这种激励作用在具有公共性的金融业领域会更为突出。对金融机构判处高额的惩罚性赔偿,是否会影响金融业的稳定与发展?法院在这方面的认识甚为模糊,这使得法院在裁判中更加倾向于审慎控制惩罚性赔偿的负面激励功能。

法院严格适用金融机构惩罚性赔偿,审慎控制其负面功能十分必要,但是也应当看到金融机构欺诈行为造成的巨大社会性损害,看到惩罚性赔偿在填补社会性损害以及维护社会整体利益等方面的正面功能。因此,这种控制应当以不影响其正面功能之发挥为限度。

### 三、我国金融机构惩罚性赔偿责任的制度完善

金融机构惩罚性赔偿在我国落空的现实表明,相对于高度金融化之现代社会加强金融消费者保护与维护金融安全与稳定的规制需求,我国制度供给不足。从前文所反思的原因出发,应当从以下几个方面加以完善:

(一)消解“生活消费”解释困境,厘定“金融消费者”概念,明确请求权主体

法律概念是被法律界定的某些范畴,通过将事

实归入这些范畴,法律的规则、原则才可以被适用,法律才能够跟得上社会经济发展的步伐。<sup>[20]</sup><sup>[33]</sup>“没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”<sup>[21]</sup><sup>[504]</sup>我国法律层面上“金融消费者”概念的缺失已经使得新《消法》适用于金融领域备受质疑,“生活消费”的解释困境已经成为影响“金融消费者”身份认定的障碍。不能认定“金融消费者”身份,就不能适用消法,金融机构惩罚性赔偿责任无从谈起。如何消解该困境?从解释论与立法论相区分的视角看,有两种路径:

一是遵循教义法学的基本立场,运用法解释学的方法周延地将“消费者”概念适用于金融领域。例如,有学者认为,没有必要创设特定的“金融消费者”概念,在我国现行法律体系内金融消费者是一个基于解释论而产生的笼统概念,因为只有穷尽解释论之后无法解决问题时,才有创设特定概念和规则的必要性。<sup>[22]</sup>其言下之意,通过对现行制定法的解释可以解决金融领域的消费者保护问题。

二是创设专门的“金融消费者”概念。赞同该观点的学者甚多。例如,有学者指出,“传统消费者概念适用于金融领域时存在的不确定性,以及现有金融行业立法在保护性上的不足,使得在我国构建金融消费者概念具有现实必要性。”<sup>[23]</sup>有学者强调金融消费者不同于普通消费者,它具有不同于普通消费者的历史起源,后者源于对市场失灵的国家干预,前者则是对监管失灵的社会矫治;具有不同于普通消费者的结构性特征,本质上是一种信用授受,金融消费者的信用授受在心理意志维度上具有消费本质;金融投资者只要不是出于贸易、商业或职业目的,也是金融消费者。<sup>[24]</sup>有学者认为金融消费者是一类新的市场主体,“金融产品的日益抽象化、复杂化和交易模式的日益综合化、专业化,导致金融市场投资者群体的身份转化与角色嬗变。非专业投资者或者大众投资者逐渐与消费者融合,成为一类新的市场主体即金融消费者。”<sup>[25]</sup>

第二种观点已为我国金融监管部门所认同。我国金融监管部门在相关规定中界定“金融消费者”“银行业消费者”及“保险业消费者”等概念时<sup>⑧</sup>,都没有要求金融消费者接受金融服务是“为生活消费需

要”,突破了作为上位法的新《消法》第2条之规定。金融监管部门的规定尽管不再以“为生活消费需要”作为界定金融消费者的必要条件,可以避免“生活消费”的解释困境,但是笼统地将所有接受金融服务的自然人作为金融消费者,甚至将具有专业能力的法人、非法人组织作为金融消费者,无疑矫枉过正,没有准确地把握金融消费者保护法偏重保护金融交易中的弱势群体的法理念和对金融公平的法价值追求。保监会规章中无限扩大保险消费者范围,将所有投保人、被保险人与受益人全部纳入保险消费者范围的不妥做法应当予以纠正。

金融消费纠纷案件中的“生活消费”解释困境表明,通过对我国现行制定法的解释难以解决金融领域的消费者保护问题。问题的解决需要通过立法进行相应的制度完善。从理论上分析,有以下两种方式:

一是不创设专门的“金融消费者”概念,而是修改新《消法》第2条,以反向排除的立法技术规定“消费者”概念。具体而言,可以借鉴《德国民法典》第13条<sup>⑨</sup>,不再要求消费者具有“为生活消费需要”的主观目的,只要求消费者“不以贸易、交易或职业活动为其行为主要目的”。如此,可以将非专业性的金融投资者纳入消费者范畴。

二是不修改新《消法》第2条,创设专门的“金融消费者”概念。具体而言,就是在新《消法》之外制定《金融消费者保护法》,在该法中专门规定“金融消费者”概念。我国台湾地区采用该种立法模式。

尽管第一种方式没有创设专门的“金融消费者”法律概念,但是“金融消费者”作为一个法学概念仍有其存在的价值。如庞德所言,法学概念不像法律概念那样受到法律的限制,是法学家为了系统化和阐述法律现象抽象出来的,“法学概念的主要功能是为理解和发展司法决策或决策指南的权威性依据提供了一个基础”。<sup>[20]33</sup>事实上也是如此,作为法学概念的“金融消费者”就是14个典型案件的裁判基础。它关系到金融机构的哪些客户能够以消费者身份受到法律保护,即使不在法律上界定之,也应当在法学理论上阐明其本质,明确其涵义与外延,为相关案件的司法决策提供基础。

“金融消费者”概念的本质是偏重保护金融交易中的弱势群体,以实现金融公平。造成金融交易中一方处于弱势的主要原因是其在经济实力、金融专业知识及信息享有等方面处于劣势。这应当是判断金融交易当事人是否为金融消费者的主要考量因素。日本2001年《金融商品销售法》既保护自然人,也保护不具备金融专业知识的法人。我国台湾地区所谓的“金融消费者保护法”界定的金融消费者,是指接受金融服务业提供的金融商品和服务的自然人和法人,但是不包括专业投资机构和符合一定财力或专业能力的自然人或法人。日本和我国台湾地区的上述立法,既突破了将消费者保护范围限于自然人的局限性,又将具有专业能力或符合一定财力的自然人排除在金融消费者保护范围之外,非常鲜明地体现了金融消费者的本质特征,富有借鉴意义。

笔者以为,可以借鉴我国台湾地区所谓的“金融消费者保护法”第4条之规定,基于《民法总则》将民事主体分为自然人、法人和其他社会组织的现实,在制定单行的金融消费者保护法时将“金融消费者”界定为:接受金融机构提供的金融商品和服务的自然人、法人和非法人组织,但是不包括专业投资机构以及符合一定财力或专业能力的自然人、法人和非法人组织;专业投资机构的范围、一定财力或专业能力的条件,由金融业监督管理机构决定。

如此界定“金融消费者”具有以下几个优势:其一,不再以“为生活消费需要”这一主观要件作为界定消费者的必要条件,可以避免司法实践中因如何判断“生活消费需要”所产生的争议难题;其二,既不笼统地将所有接受金融服务的自然人作为金融消费者,也不排除不具有一定财力或专业能力的法人、非法人组织作为金融消费者,准确地把握了金融消费者保护法偏重保护金融交易中的弱势群体的法理念和对金融公平的法价值追求;其三,纠正了保监会规章中无限扩大保险消费者范围,将所有投保人、被保险人与受益人全部纳入保险消费者范围的不妥规定。如此规定,可以厘清“金融消费者”概念的涵义与外延,消解金融领域的“生活消费”解释困境,有助于明确金融机构惩罚性赔偿请求权主体。

## (二)以金融产品与服务的风险披露为中心完善金融机构告知义务

金融机构惩罚性赔偿是对金融机构欺诈行为的惩罚性制裁,金融机构是否履行告知义务是认定金融机构欺诈行为的关键。从比较法角度看,“将金融机构风险揭露义务纳入金融法制,已成为重要的金融监管规范项目之一”。<sup>[26]P</sup>经济合作与发展组织在2011年发布的《金融消费者保护高级原则》将“信息披露和透明度”作为一项重要原则加以规定,金融机构和授权代理机构“应为消费者提供有关产品基本收益、风险和条款的重要信息”,“在与消费者接触的各个阶段都应向消费者披露必要的信息”。<sup>[27]11-12</sup>

欧盟2010年《消费者信贷条例》规定,作为债权人的金融机构在信贷协议订立之前负有信息披露义务——根据消费者提出的偏好及其他信息,披露信贷类型、债权人的身份和地址,信贷总额和信贷支取条件、信贷协议期限、借款利率、还款金额与次数及频率,任何其他相关费用以及变更费用的条件等相关信息,并向消费者提供充分的解释,以便消费者在信息充分的情况下决定是否签约。<sup>[27]18-28</sup>日本2001年《金融产品销售法》第3条规定了金融产品提供商的说明义务:日本金融机构在销售金融产品时必须在销售之前向客户说明规定的重要事项,例如,“如果利率、币值、证券价格或任何其他指数的波动有可能导致本金损失,则金融产品提供商必须对该风险和指数进行说明”。<sup>[27]251</sup>该法第4条规定,金融产品提供商未向客户说明重要事项使客户遭受损失的,应当向客户赔偿损失。<sup>[27]251</sup>我国台湾地区所谓的“金融消费者保护法”第10条规定,金融服务业在订立契约前,应当以金融消费者能充分了解的方式,向金融消费者充分说明该金融商品、服务及契约的重要内容,并充分揭露其风险;第11条规定,金融服务业应对金融消费者说明而未说明、说明不实、错误或者未充分揭露风险,导致金融消费者损害的,应负损害赔偿赔偿责任,且该责任为无过失责任,除非金融服务业能证明损害并非因其未尽说明或揭露风险义务所致。<sup>[28]53-55</sup>这就将举证责任转换为金融机构负担。

在美国,信息披露法律规则是防止消费者陷入掠夺性住房贷款的主要方法。“美国国会分别在1968

年和1974年颁布了《贷款实情法》和《房地产交割程序法》,要求贷款人向申请房屋抵押贷款的消费者披露某些关键的经济信息。”<sup>[29]</sup>次贷危机之后,美国2009年修改的《信用卡改革法》“课予业者清楚完整揭露义务,强调对于消费者资格之了解及风险告知义务,限制不利益变更利率、条款,俾民众得依财务能力为信用消费”。<sup>[26]P</sup>

与域外国家或地区的相关立法相比,我国现行法上的金融机构告知义务规定存在较大差距,对金融产品与服务的风险关注不足,未能体现出金融业的专业性与特殊性,难以满足加强金融消费者保护的现实需求。因此,加强金融消费者保护,完善金融机构惩罚性赔偿责任制度,应当以金融产品与服务的风险为中心,完善金融机构的风险告知义务:其一,在告知内容上,金融机构应当向消费者充分披露金融产品与服务所蕴含的金融风险,践行“认识客户”的要求,依据客户的资本大小、风险承受能力等个人状况,推荐适合商品;其二,明确规定金融机构应当以金融消费者能充分了解的方式予以告知;其三,规定金融机构未尽告知义务,构成欺诈的,应当承担惩罚性赔偿责任;其四,规定金融机构应对其已经履行告知义务负举证责任。

## (三)重构有关金融机构欺诈的证明责任分配规则

从法律适用视角看,法院依据《民事诉讼法司法解释》第109条,将金融消费纠纷中的欺诈证明标准提高到排除合理怀疑的程度,适用法律正确。然而,将欺诈之证明标准提高到排除合理怀疑的程度,无疑增加了金融消费者证明金融机构欺诈的难度。“金融商品之复杂性与专业化使金融市场存在明显之资讯不对称现象,金融消费者在接受金融服务、购买金融产品时,主要依赖对资讯充分掌握与审慎评估。”<sup>[28]21</sup>与金融机构相比,金融消费者处于经济弱势,在资讯分享中处于弱势地位。因此,即使依据高度盖然性标准,金融消费者要举证证明金融机构欺诈也存在相当大的难度。我国台湾地区学者在分析连动债券争议相关民事判决时指出,当事人所能举出的证据资料,“皆不足以直接影响法官之心证,在无相关证据之情况下,法官自由心证之空间扩大,判决歧义程度随之扩大,法官如欲判决一方败诉,往往

将举证责任分配至该方,而以该方举证不足为败诉之理由”。<sup>[51][18]</sup>此种情形在上述14个典型案例的裁判中同样存在。14个典型案例的受案法院依据现行法律将金融机构欺诈的证明责任分配给金融消费者承担,而处于弱势地位的金融消费者又难以证明金融机构欺诈。这是导致金融机构惩罚性赔偿责任落空的关键因素之一。

学者在论证内幕交易惩罚性赔偿时指出,内幕交易人的获益是以一般投资者的损失为代价,内幕交易对证券市场公平、公正及投资者信心等造成的损害无法用金钱衡量。<sup>[30]</sup>同样,实施欺诈行为的金融机构所获得的利益是以消费者的损失为代价,并损害社会整体利益。一般的损害赔偿无法填补其所造成的社会损害,法律赋予金融消费者惩罚性赔偿请求权,是为了填补金融机构欺诈行为所造成的社会损害。“法律制度就对经济体系的运转产生了深远的影响,在某些方面可以说起着控制作用。”<sup>[31]</sup>一般的损害赔偿与惩罚性赔偿这两种不同的初始权利配置,最终会影响社会资源配置的总体效率。前者无法填补社会性损害,会减损社会资源配置的总体效率。波斯纳指出,若交易成本过高而抑制交易,那么权利应当赋予那些最珍视它们的人,法律应当通过清晰界定权利来降低交易成本。<sup>[32][52]</sup>法律赋予金融消费者惩罚性赔偿请求权,无疑会提高金融消费者对其权利的珍视程度,“不仅使其胜诉后的诉讼成本能得到补偿,还必使其胜诉后的收益大于成本”,<sup>[33]</sup>具有激励其维护社会整体利益的功能。法律将证明金融机构欺诈的义务配置给金融消费者,会在很大程度上导致金融机构惩罚性赔偿责任落空,因为金融消费者履行该义务的成本极高。法律应当将该义务赋予履行成本低的金融机构。例如,我国台湾地区所谓的“金融消费者保护法”第11条规定,金融服务业者能够证明损害的发生不是因为其未违反风险适度义务,或者不是因为其未说明、说明不实、错误或未充分披露风险等事项造成的,不负损害赔偿。该规定将金融机构行为与金融消费者所受损害之间的因果关系的举证责任转换由金融机构承担。<sup>[28][54]</sup>

综上,完善我国金融机构惩罚性赔偿制度,需要重构有关金融机构欺诈的证明责任分配规则。

金融机构不仅要承担行为意义上的举证责任,也要承担结果意义上的举证责任。金融机构需要举证证明其已经履行法律规定的告知义务,证明其没有故意告知虚假情况或隐瞒重要情况使得消费者做出错误的意思表示。在金融机构欺诈事实真伪不明时,金融机构承担败诉的后果。

#### (四)确定合理的金融机构惩罚性赔偿额的计算基准及倍数

合理的惩罚性赔偿金额是关系惩罚性赔偿制度实施效果的核心所在。“若赔偿金额过低,大公司往往极易将其计入成本,转嫁给消费者,无法起到遏制侵权行为的作用。若赔偿金额过高,可能使经营者忌惮于责任过重,不敢研发新产品,不利于增强我国产品的竞争力,客观上也不利于我国经济的发展。”<sup>[6279-280]</sup>同理,完善金融机构惩罚性赔偿制度,还需确定合理的惩罚性赔偿额的计算基准以及倍数。

在我国现行立法上,惩罚性赔偿额有两种计算基准:一是沿袭于旧《消法》第49条的新《消法》第55条第1款,以商品的价款或服务的费用作为增加赔偿的基点;二是新《消法》第55条第2款,以消费者所受损失为基础增加赔偿。理论界对于应采何种计算基准存在争议。有学者从中美惩罚性赔偿制度比较视角论证以商品价款作为赔偿基数的正当性,指出以补偿性赔偿(损失)为基数的美国惩罚性赔偿,由于具有不可预见性,陪审团又过度自由裁量,一直饱受争议,被有的法院称之为“怪物”,引起了合宪性之争,甚至被美国副总统奎尔指责破坏了美国的竞争力;反观我国旧《消法》第49条与新《消法》第55条第1款,则具有可预见性、可操作性及现实性等优势。<sup>[34]</sup>有学者则持相反观点,认为侵权人的主观恶性不易操作,而“所受损失”或“补偿性赔偿金”是量化侵权行为轻重的标准,因此,将惩罚性赔偿金以受害人所受损失为基础加以确定,可以将不法行为及其造成的损害与赔偿金直接联系起来,符合过罚相当原则。<sup>[16]</sup>有学者在研究商品房买卖中的惩罚性赔偿问题时指出,我国法院在司法实践中大多适用最高人民法院在2003年发布的《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》的相关规定而不适用新《消法》第55条,一个重要原因就是商品房

价款高,3倍赔偿商品房价款的金额太高,因此建议以购房消费者所受损失额作为惩罚性赔偿的计算基准。<sup>[35]</sup>

争论恰恰说明,两种计算基准各具优势,也存在自身的缺陷。以消费者所受损失为基础,体现了补偿性赔偿与惩罚性赔偿之间的密切关联,既可以将侵权人的主观恶性客观化,也可以将侵权行为的社会成本内部化。然而,基于消费者所受损失而确定的补偿性赔偿,需要法官依据具体案情自由裁量;倍数的确定更具有不确定性,即使依据履行差错的倒数来确定倍数也是如此,因为履行差错并不是确定性的数字,更多的是动态的社会经验总结。商品的价款或服务的费用虽然比较明确,增加了惩罚性赔偿的可预见性与可操作性,但是倍数的确定仍然是立法者综合权衡的结果。因此,以消费者所受损失为基础确定惩罚性赔偿,主要缺陷是赔偿金额不确定与赔偿额可能过高。以商品价款或服务的费用为基础确定惩罚性赔偿,可能出现惩罚性赔偿过低或过高的情形。在我国,基于汽车或商品房价款的3倍赔偿就被法院认为过高,我国2009年《食品安全法》第96条第2款规定的10倍赔偿就被学者认为“威力不足,形重实轻”和“徒有虚名”。<sup>[36]</sup>

综合考虑两种计算基准的优势与缺陷,结合金融消费纠纷的特点,笔者建议以金融消费者所受的损失额作为金融机构惩罚性赔偿额的计算基准,同时修改3倍的刚性规定,借鉴新《消法》第55条第2款的规定,规定金融消费者可以请求增加其所受损失的1至3倍的赔偿。主要理由有:

其一,以消费者所受损失作为惩罚性赔偿的基准,更加符合惩罚性赔偿的法理。法律经济学分析表明,“履行差错”——已得到补偿的消费者在全部受害者中的比例,使得经营者的预期责任限于补偿性赔偿金,进而使得其选择缺乏效率的低水平质量管理;为了将经营者的社会成本内部化,必须在补偿性赔偿金基础上增加惩罚性赔偿金,惩罚性赔偿责任等于惩罚性赔偿倍数乘以补偿性赔偿金,在惩罚性赔偿倍数是履行差错的倒数时,对经营者可以恢复有效的激励机制。<sup>[37]301-302</sup>以消费者所受损失为基础,以履行差错的倒数为倍数的惩罚性赔偿制度

设计,能够较好地兼顾公平正义与确定性等法价值目标。

其二,金融机构惩罚性赔偿以金融消费者所受损失为基准还有其特殊性。金融机构提供诸如贷款服务、直接收费金融服务、保险服务和金融产品转让等金融服务。与生活消费品相比,外汇、有价证券、期货、金融衍生品等金融商品转让的价款甚高。以这些金融商品的价款作为惩罚性赔偿的基准,极易导致赔偿额过高。此外,在某些金融领域,金融商品的价款与金融服务的费用难以区分。例如,保险费既包括保险产品的价款,也包括订立合同的手续费<sup>③</sup>。在14个典型金融消费纠纷案件裁判中,到底按照金融商品的价款或者是金融服务的费用,还是价款加服务费用等确定惩罚性赔偿的基准?法院裁判意见未能予以明确。

其三,规定最高的赔偿倍数旨在控制惩罚性赔偿的最高限额,抑制惩罚性赔偿的负面激励功能,防止因为赔偿额过高影响金融服务业的稳定与发展。

### 结语

对14个典型案例的梳理与反思表明,请求权主体不明确、缺乏体现金融业专业性与特殊性的金融机构告知义务保障、金融消费者承担与其经济和信息地位不相称的证明责任、法官审慎控制惩罚性赔偿的负面激励功能等,是导致金融机构惩罚性赔偿责任落空的制度原因。然而,金融机构惩罚性赔偿,对于加强金融消费者保护,填补金融机构欺诈行为造成的社会性损害,抑制金融机构的机会主义行为与道德风险,维护金融稳定与金融安全等具有十分重要的现实意义。同时,它也具有负面激励功能,可能因为赔偿额过高影响金融业发展与稳定。因此,应从请求权主体、金融机构告知义务以及金融机构欺诈的证明责任分配等方面着力完善,以在金融领域实现正义的社会秩序:修改新《消法》第2条,以反向排除的立法技术规定“消费者”概念,或者创设专门的“金融消费者”概念,以消解金融领域“生活消费”解释困境,明确金融消费者惩罚性赔偿请求权主体;以金融产品与服务的风披露为中心完善金融机构告知义务;对金融机构欺诈行为,金融机构承担行为意义上和结果意义上的举证责任;以金融消费

者所受损失为基础确定合理的惩罚性赔偿额,规定最高的赔偿倍数,以抑制其负面激励功能。

#### 注释:

①夏基认为,惩罚性赔偿填补受害人本人以外的社会性损害,原告作为社会成员的代表享受对于社会性损害的填补。我国学者借鉴社会性损害填补理论论证内幕交易惩罚性赔偿的正当性,认为内幕交易对证券市场造成的无形损害须由惩罚性赔偿解决。参见马新彦:《内幕交易惩罚性赔偿制度的构建》,载《法学研究》2011年第6期。

②为行文方便,本文将我国2013年修改之后的《消费者权益保护法》简称为“新《消法》”,将之前的《消费者权益保护法》简称为“旧《消法》”,将“消费者权益保护法”简称为“消法”。

③案例来源:案例1/2/3/9/10/11/12/13等依据北大法宝数据库整理;案例6/7/8/14等依据裁判文书网整理;案例4与案例5依据上海市高级人民法院发布的上海市2014年与2015年上海市十大金融商事审判案例整理。数据截止时间:2017年10月23日。

④该案原告请求退一赔三,一审法院不支持原告请求,二审法院撤销一审判决,并依据旧《消法》改判为退一赔一。

⑤广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终4548号民事判决书。

⑥吉林省长春市中级人民法院(2017)吉01民终812号民事判决书。

⑦广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终4548号民事判决书。

⑧江苏省无锡市中级人民法院(2015)锡商终字第01110号民事判决书。

⑨参见我国台湾地区高等法院台南分院99年上易字第157号判决。转引自邱锦添、胡胜益、林克宪:《金融消费者保护法与案例解析》,元照出版有限公司2012年11月版,第154页。

⑩主观理论认为,只要行为人主观上是基于非经营性的目的购买或使用商品,其就是消费者;客观理论认为,应当通过行为人的客观行为来判断其是否具有“为生活消费需要”的主观目的,只要其没有将商品或服务实际用于生产经营,其就是消费者,不问其在购买时具有何种主观目的。参见马一德:《解构与重构:“消费者”概念再出发》,载《法学评论》2015年第6期。

⑪梁慧星、王利明及马一德等学者持此观点。相关观点,参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第170页;王利明:《民法》,中国人民大学出版社2000年版,第106页;马一德:《虚假宣传构成欺诈之认定》,载《法律科学》2014

年第6期。

⑫李友根:《消费者权益保护与法律解释——对一起消费纠纷的法理剖析》,载《南京大学法律评论》1996年秋季号。

⑬金融机构应当依据金融产品或服务的特性,依法依规披露信息,说明重要内容和披露风险,并留存相关资料;金融产品与服务广告的诚信义务,金融机构实际承担的义务不得低于广告、资料、说明等形式所承诺的标准,金融机构在进行营销活动时不得有虚假、欺诈、隐瞒或引人误解的宣传等不正当竞争行为。

⑭吉林省长春市中级人民法院(2017)吉01民终812号民事判决书。

⑮该款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”

⑯吉林省长春市中级人民法院(2017)吉01民终812号民事判决书。

⑰其他相关研究文献如:于春敏:《金融消费者的法律界定》,载《上海财经大学学报》2010年第4期;刑会强:《金融消费者的法律定义》,载《北方法学》2014年第4期;郑青:《论证券投资服务消费者的法律地位》,载《清华法学》2013年第2期。2018年3月19日以“金融消费者”作为关键词在中国知网搜索,共有678个文献。恕不一一列举。

⑱中国人民银行的《金融消费者权益保护实施办法》第2条规定:“金融消费者是指购买、使用金融机构提供的金融产品和服务的自然人。”中国银监会的《银行业消费者权益保护工作指引》第3条规定,“银行业消费者”是购买和使用银行业产品和接受银行业服务的自然人。中国保监会的《保险消费投诉处理管理办法》第43条第1款规定:“保险消费活动,是指购买中华人民共和国境内保险产品以及接受相关保险服务的行为。”同条第2款规定:“本办法所称保险消费者,包括投保人、被保险人和受益人。”

⑲该条规定:“消费者是指为一个既不能够归属于自己的营利事业活动,也不能够归属于自己的独立职业活动的目的,而订立法律行为的任何自然人。”杜景林、卢湛:《德国民法典—全条文注释》(上册),中国政法大学出版社2015年版,第14-15页。

⑳我国《保险法》第69条规定:“投保人解除保险合同,已交足二年以上保险费的,保险人应当自接到解除合同通知之日起三十日内,退还保险单的现金价值;未交足二年保险费的,保险人按照合同约定在扣除手续费后,退还保险费。”最高人民法院(2017)最高法民申1462号民事裁定书指出:“惩罚性赔偿制度的目的是加大为生活消费需要购买商品或接受服务的消费者在遭受欺诈时的保护力度。涉案两类保险产品兼具财务投资和生活消费性质,如以全部保险费作为惩罚性赔偿

金的基数,将覆盖自然人财务投资的风险损失,与惩罚性赔偿的制度目的不符。二审判决对保险费进行一定折减,以此计算惩罚性赔偿金的计算标准。”

#### 参考文献:

- [1][美]罗伯特·席勒.金融与好的社会[M].束宇,译.北京:中信出版社,2012.
- [2][德]柯武刚,史漫飞.制度经济学:社会秩序与公共政策[M].韩朝华,译.北京:商务印书馆,2000.
- [3]马一德.解构与重构:“消费者”概念再出发[J].法学评论,2015,(6):30-41.
- [4]杨明基.经济金融词典[M].北京:中国金融出版社,2015.
- [5]陈国华,李珺瑄.金融消费者保护法解析[M].台北:新学林出版股份有限公司,2012.
- [6]李适时.中华人民共和国消费者权益保护法释义[M].北京:法律出版社,2013.
- [7]谢晓尧.欺诈:一种竞争法的理论诠释——兼论《消费者权益保护法》第49条的适用与完善[J].现代法学,2003,(2):164-169.
- [8]肖斌.《消费者权益保护法》中“欺诈行为”的认定[J].河北法学,2015,(10):80-88.
- [9]梁慧星.消费者权益保护法第49条的解释与适用[N].人民法院报,2001-03-29(003).
- [10]陆青.论消费者保护法上的告知义务——兼评最高人民法院第17号指导性案例[J].清华法学,2014,(4):150-168.
- [11]何颖.构建面向消费者的金融机构说明义务规则[J].法学,2011,(7):96-104.
- [12]张文显.法哲学范畴研究[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [13]杜万华.最高人民法院民事诉讼法司法解释实务指南[M].北京:中国法制出版社,2015.
- [14]张卫平.民事证据法[M].北京:法律出版社,2017.
- [15][英]韦恩·莫里森.法理学:从古希腊到后现代[M].李桂林,李清伟,等译.武汉:武汉大学出版社,2003.
- [16]朱广新.惩罚性赔偿制度的演进与适用[J].中国社会科学,2014,(3):104-124.
- [17]汪鑫.论基本银行服务排斥及其治理[J].法学评论,2009,(4):52-58.
- [18][美]马丁·迈耶.大银行家[M].何白云,译.海口:海南出版社,2000.
- [19]邢会强.商业银行的公共性理论——兼论商业银行收费法律问题[J].现代法学,2012,(1):96-102.
- [20][美]罗斯科·庞德.法理学(第四卷)[M].王保民,王玉,译.北京:法律出版社,2007.
- [21][美]E.博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004.
- [22]姚佳.“金融消费者”概念检讨——基于理论与实践的双重坐标[J].法学,2017,(10):179-192.
- [23]廖凡.金融消费者的概念和范围:一个比较法的视角[J].环球法律评论,2012,(4):95-104.
- [24]林越坚.金融消费者:制度本源与法律取向[J].政法论坛,2015,(1):143-152.
- [25]陈洁.投资者到金融消费者的角色嬗变[J].法学研究,2011,(5):84-95.
- [26]林继恒.金融消费者保护法之理论与实务[M].台北:台湾法学出版股份有限公司,2012.
- [27]中国银行业监督管理委员会银行业消费者权益保护局.国际金融消费者保护法律法规选编[M].北京:中国金融出版社,2014.
- [28]邱锦添,胡胜益,林克宪.金融消费者保护法与案例解析[M].台北:元照出版有限公司,2012.
- [29]Stark, Debra Pogrund and Choplin, Jessica M. A Cognitive and Social Psychological Analysis of Disclosure Laws and Call for Mortgage Counseling to Prevent Predatory Lending[J]. Psychology, Public Policy & Law Journal, 2010, (16): 85-131.
- [30]马新彦.内幕交易惩罚性赔偿制度的构建[J].法学研究,2011,(6):112-125.
- [31][美]罗纳德·科斯.生产的制度结构[J].银温泉,译.经济社会体制比较,1992,(3):56-60.
- [32][美]理查德·A.波斯纳.法律的经济分析[M].蒋兆康,译.北京:法律出版社,2012.
- [33]刘水林.论民法的“惩罚性赔偿”与经济法的“激励性报偿”[J].上海财经大学学报,2009,(4):3-10.
- [34]李友根.论多倍赔偿的基数确定——最高人民法院第17号指导案例研究[J].南京大学学报(哲学·人文与社会科学版),2015,(1):12-23.
- [35]钱玉文.论商品房买卖中惩罚性赔偿责任的法律适用[J].现代法学,2017,(5):63-72.
- [36]李响.我国食品安全法“十倍赔偿”规定之批判与完善[J].法商研究,2009,(6):42-49.
- [37][美]罗伯特·D.考特,托马斯·S.尤伦.法和经济学[M].施少华,姜建强,等译.上海:上海财经大学出版社,2002.